RICCOBONO

Tracce di Diritto Romano Classico

ESTRATTO DALLA
MISCELLANEA
di Archeologia di Storia e di Filologia
DEDICATA
al Prof. A. SALINAS
NEL XL ANNIVERSARIO
DEL SUO INSEGNAMENTO.

S. RICCOBONO

TRACCE

DI

DIRITTO ROMANO CLASSICO

NELLE

collezioni giuridiche bizantine

PALERMO
STABILIMENTO TIPOGRAFICO VIRZÌ
1906.

TRACCE DI DIRITTO ROMANO CLASSICO

NELLE COLLEZIONI GIURIDICHE BIZANTINE.

Il valore delle fonti giuridiche bizantine per la critica dei testi latini giustinianei fu riconosciuto nel secolo XVI dal Cuiacio ed ai giorni nostri convenientemente apprezzato dal Mommsen e dal Krüger.

Ma su di un altro problema, non meno di quello importante, regna ancora nella nostra scienza romanistica grande confusione; non si sa cioè se quelle stesse fonti possano in questo o quel punto prestare efficace sussidio per la cognizione del diritto classico.

I giudizii espressi in proposito, sia in generale sia in particolare per singoli argomenti, dagli autori ricordati di sopra, non che dal Heimbach, dallo Zachariä e dal Ferrini, per citare soltanto i più autorevoli, non sono scevri di titubanze e di contraddizioni insieme.

Certo quei maestri della critica, conoscitori profondi di tutte le raccolte di diritto, non possono negare il fatto che i greci contemporanei di Giustiniano dànno notizie, se non copiose abbastanza frequenti, sullo stato del diritto preesistente alla compilazione, e che nelle collezioni bizantine si rinvengono elementi classici che non si leggono nei libri di Giustiniano. Ma d'altra parte essi negano in modo assoluto che gl'interpreti bizantini avessero potuto fare uso degli scritti giuridici più antichi; perchè, dicono, i divieti di Giustiniano furono sul riguardo espliciti e non si può supporre che gli stessi contemporanei li avessero violati [1].

Ecco dunque le colonne d'Ercole che non si son potute superare.

Or siffatta credenza non solo annebbia tutte le cognizioni che noi ricaviamo dai greci, ma svalora addirittura l'importanza, dal punto di vista storico-critico, di tutta la letteratura giuridica del secolo VI. Infatti a me pare evidente che ove non si ammetta l'uso da parte dei coevi di Giustiniano dei lavori più antichi, tutte le notizie che

---

[1] Su questo punto non occorrono speciali richiami perchè io altra volta ebbi occasione di segnare le più importanti citazioni; vedi *Bullettino I. D. R.* vol. IX p. 272 e seg.

si rinvengono nei loro scritti restano malsicure, inattendibili perchè infedeli. E quale altro valore potrebbero mai esse avere se non quello di reminiscenze, per quanto fresche sempre discutibili, delle opere dei giureconsulti classici e dello stato del diritto anteriore?

Questa spiegazione, per quanto possa sembrare assurda, fu data in verità da due insigni scrittori, quali lo Zacharia e il Ferrini [1]. Ma essi non poterono addurre poi alcuna frase dalle fonti greche che rendesse verosimile il loro supposto; nessuna espressione che rispondesse per esempio al modo di scrivere Gelliano « nisi memoria me fallit » col quale artifizio l'erudito scrittore latino, che pur copiava con scrupolo l'esemplare che aveva sott'occhio, intendeva ritrarre vive e fresche le discussioni e conversazioni su varî argomenti. Al contrario gl'interpreti greci attestano espressamente in varî punti che usufruiscono dei lavori degli antichi maestri, così Taleleo [2], così Stefano [3].

Io altra volta credetti poter smontare una tradizione tanto inadeguata con l'esame degli scolii Sinaitici, il documento sotto certi aspetti più importante delle scuole orientali a noi pervenuto. Ed affermai allora che le traduzioni, i sunti e le paragrafe delle scuole d'Oriente dovettero prestare un valido sussidio agli interpreti della compilazione di Giustiniano; i quali nel formare i loro commenti utilizzarono, in varie maniere, i lavori dei maestri greci, sia mettendoli in armonia coi libri di Giustiniano sia trasportandoli nei luoghi opportuni delle loro raccolte [4].

Questa conclusione potè sembrare e sembrò in fatto ad alcuno esagerata.

A chiarire meglio intanto questo problema di critica raccolgo qui alcuni altri passi estratti dallo *Ἑξάβιβλος* di Armenopulo, riferentisi in complesso alla materia delle *impensae*. Se questo contributo riuscirà a diradare le incertezze su questo punto, spero potere coordinare in un lavoro organico il materiale raccolto da altre fonti.

E vengo all'esame propostomi, senza preconcetti ma anche senza pregiudizi. Ma anche il lettore da parte sua dovrebbe per un mo-

---

[1] Zachariä, *ZSS*. vol. X p. 285; Ferrini in *B.I D.R*. vol. III p. 63; vol. IV p. 9 n. 1; il quale del resto aveva con acutezza e discernimento scritto ripetutamente che i bizantini traevano quelle notizie non direttamente dalle opere dei giureconsulti romani, bensì dalle elaborazioni greche fatte su quelle nel periodo pregiustinianeo; cfr. *Per l'VIII Centenario della Università di Bologna* p. 85; il *Digesto* p. 81, 130 e così in altri scritti.

[2] Basil. 21, 3 cap. 4; Heimbach II p. 454.

[3] Varî esempî riporta il Ferrini, *Per l'VIII Centenario* cit. p. 85 e seg.

[4] Cf. *Bullettino I. D. R.* vol. IX p. 285.

NOV 1 8 1920

mento metter di lato il pregiudizio dei divieti di Giustiniano; il lettore conosce infatti che il più grande legislatore della terra fece le leggi, riserbò a sè il còmpito di interpretarle, impose ai giuristi le forme e gli schemi dei loro lavori, prescrisse i libri che dovevano adoperare, ma infine, dopo tutti questi precetti che aveva diritto di mettere alla luce, non stabilì alcuna speciale polizia per i gabinetti di studio degli antecessori; e fu, per lo meno in questo, savio davvero.

I.

SPECIFICATIO.

I. Le norme sulla *specificatio*, quali furono stabilite da Giustiniano, si leggono in Arm. II, 1 §§ 22, 23. L'esemplare da cui il nostro compilatore trasse quei §§ non si può indicare con precisione. Devesi però ritenere inesatta la fonte notata da Heimbach in questo punto, con le parole *sumpta sunt haec ex Theoph.* II, 1, 25 (40-44); poichè non solo il § 22 non coincide perfettamente col testo di Teofilo, ma il § 23 inoltre, redatto in forma più concisa, contiene nella chiusa un periodo notevole che non leggesi, in questo proposito, nei libri di Giustiniano. Salmasio e Reitz, forse anche per questa singolarità, considerarono il tratto come uno scolio; ma Heimbach li ha contradetti, avvertendo che esso trovasi nel contesto dell' orazione e che quindi deriva da Armenopulo. Il passo contiene quanto segue:

II, 1, 23: « *Ἰστέον δέ ὅτι ἐπὶ τῶν τοιούτων εἰ μὲν καλῇ πίστει εἴς τι εἶδος ὕλη μετεσκευάσθη, δύναται ζητεῖν ὁ κατασκευάσας τὰς δαπάνας· εἰ δὲ κακῇ πίστει, ζητεῖν ταύτας οὐ δύναται* ».

Il contenuto del passo chiaro in ogni parte prende poi maggior luce dal confronto di altri testi pregiustinianei, ne' quali troveremo forse sufficienti indizii per scovrirne l'origine.

E prima di tutto un periodo nella sostanza identico leggesi in Gaio, il quale, esaminati varii casi di accessione, così continua:

II, 76: « Sed si ab eo petamus fundum vel aedificium et impensas in aedificium vel in seminaria vel in sementem factas ei solvere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit ».

Di maggior rilievo è poi il confronto del nostro testo con l' epitome gaiana, ove la norma generale del compenso dovuto, in tutti i casi di accessione, al possessore si riscontra, come in Armenopulo, in appendice alla teoria della specificazione.

Il passo II, 1, 6 così suona: « Sed in his omnibus superius com-

prehensis quicumque in terra aliena aliquid posuerit aut aedificaverit aut horum quae dicta sunt aliquid fecerit, illis, qui aliena praesumpserunt, hoc competit ut expensas vel impendia quae in his fecerint a dominis qui rem factam vindicant recipere possint ».

Intanto per ora osservo che gli elementi nuovi, rispetto al testo di Teofilo, che si riscontrano nella chiusa del § 23 di Armenopulo, se trovano parziale riscontro, vuoi per il contenuto vuoi per il collocamento, con le fonti pregiustinianee, debbono essere stati ricavati probabilmente da altro manuale d'istituzioni parallelo alla parafrasi teofilina.

Infatti Armenopulo, per quanto possiamo vedere, mai si allontana dall'esemplare che ha sotto mano; egli si limita a riprodurre fedelmente i brani e a coordinarli fra loro. Se, come avvertii or ora, i §§ 22 e 23 del nostro testo non combaciano esattamente con la parafrasi di Teofilo, e se, per giunta, il § 23 contiene qualcosa di più, è forza riconoscere che il compilatore trasse quei brani da altro manuale a noi ignoto. La esistenza poi di altri testi greci, corrispondenti al libro di scuola ordinato da Giustiniano, è non solo probabile ma direttamente attestata [1]; e nella compilazione del Prochiro, accanto al testo di Teofilo, furono adoperati altri comentarî delle Istituzioni [2].

Inoltre è significativa la coincidenza del nostro testo con l'epitome gaiana, per quanto essa sia soltanto esteriore e limitata al collocamento delle norme per il compenso. Il testo genuino di Gaio, infatti, tratta del compenso a proposito dei singoli casi di accessione e cioè nei §§ 76, 77, 78; ma nulla dice su questo riguardo nel § 79 che tratta della *specificatio* [3]. La stessa osservazione facciamo consul-

---

[1] Cfr. l'iscrizione alla raccolta delle leggi rustiche contenuta nel ms. graec. di Parigi 1367 fol. 97, la quale sembra accennare ad una versione di Doroteo e di Stefano (Zachariä, *Prochir.* p. XII n. 3). Altra quistione è poi se veramente Stefano abbia tradotto il testo delle Istituzioni, o adoperato un comento più breve di quello di Teofilo; per l'affermativa sta Zachariä [*Delineatio* p. 26; *ZSS.* vol. X p. 271 e seg.]; contro s'è pronunziato il Ferrini [*Memorie R. Istituto Lombardo* vol. 18 p. 17 an. 1891] il quale tentò dimostrare che Stefano avesse adoperato la parafrasi di Teofilo [*Archiv. Giur.* vol. 37 p. 360 e seg.].

[2] Cfr. Zachariä, *Proch.* p. LXII n. 29 ed i passi del *Proch.* XII, 1 *de donat.* = Harm. III, 1, 2; *Proch.* XXV, 1 *de infirmatione testamenti* = Harm. 5, 5 in cui il testo non coincide con Theoph. II, 17. Per altre traccie di manuali greci di Istituzioni vedi Zachariä, *Anekd.* p. 184; Ferrini l. c. nella nota precedente; Heimbach, *Proleg.* p. 82; Mortreuil, *Histoire* vol. 1 p. 127.

[3] Identico è il rapporto fra i vari paragrafi nelle *res cott.* di Gaio: confr. per la *specificatio* D. 41, 1, 7, 7; per le accessioni D. 41, 1, 7, 12; e 9 pr. — 3.

tando i punti corrispondenti della parafrasi greca e del testo latino di Giustiniano; cioè, vi si accenna al compenso nei §§ 30-34 che si riferiscono alle accessioni, ma se ne tace del tutto nei §§ 25, 26 a proposito della *specificatio*. Invece l'epitome gaiana riassume in due brevi paragrafi i casi di accessioni (4 e 5) e nel § 6 tratta in generale del compenso; così il § 23 di Armenopulo, sopra riferito, dà pure le norme per il compenso nella chiusa della dottrina della specificazione.

Ciò prova ancora una volta che quei manuali d'istituzioni, dei quali rimangono sparute traccie, dovettero avere parentela con le analoghe elaborazioni dell'Occidente. E tale rapporto, che a volte si limita all'ordine della trattazione ed a volte si estende a coincidenze di forma e contenuto, è tuttavia visibile in tutte le elaborazioni di diritto dell'Oriente e dell'Occidente in questo periodo.

Le ricerche degli studiosi hanno dato in questo punto risultati concordi; si son potuti constatare molti contatti fra l'epitome gaiana [1] e la Glossa Torinese delle Istituzioni, la quale non solo è assai vicina a Teofilo per l'epoca della redazione [2], ma deriva essa pure da un esemplare greco [3] e presenta affinità con il testo teofilino [4]; così il comentario gaiano di Autun, venuto alla luce di recente, ha corrispondenza perfetta, per il metodo dell'esposizione, con l'opera di Teofilo [5].

E tutto questo appare ben naturale, sol che si ponga mente al fatto che nel periodo avanti Giustiniano tra Roma e Berito esistevano frequenti relazioni e stretti legami; la tradizione giuridica inoltre attingendo alle stesse fonti classiche correva nell'una e nell'altra parte dell'Impero parallela [6].

II. L'esame del contenuto del passo di Armenopulo ci guida allo stesso risultato. La menzione esplicita del possessore di mala fede, al quale è negato qualsiasi rifacimento di spese con le parole: *εἰ δὲ κακῇ πίστει, ζητεῖν ταύτας οὐ δύναται*, ci rivela che quello squarcio riproduce un testo antico. Invero, nella compilazione di Giustiniano l'importanza della *bona fides,* in questi casi, rimase non solo affievolita

---

[1] Cfr. Fitting, *Zeitschrift f. R. G.* X1 p. 338 e seg.; Hitzig, *ZSS.* vol. 14 p. 187 e seg.

[2] Cfr. Krüger, *Zeitschrift f. R. G.* vol. 7 p. 44 e seg.; Fitting, *Ueber die sog. Inst. gloss. und den sog. Brach.* p. 13; Kipp, *Geschichte der Quellen* p. 140 e ivi citati.

[3] Cfr. Cohn, *ZSS.* vol. X p. 141.

[4] Ferrini, *Archivio Giur.* vol. 37 p. 292 e seg. p. 401; *Memorie del R. Istituto Lomb.* vol. 18 p. 21 an. 1891.

[5] Cfr. Ferrini, *Atti della R. Accad. di Torino* vol. 35 an. 1900 p. 4 e seg. dell'estr.

[6] Brehmer, *Rechtsschulen* cit. p. 88 e seg.; Ferrini l. c.

ma fortemente depressa. Ormai, nel nuovo diritto [1], il posto d'onore che la *fides* aveva mantenuto senza contrasto nel diritto classico, fu concesso ad altro principio puramente materialistico che troviamo già formulato nel l. V. dei Digesti nei seguenti termini: *non debet petitor ex aliena iactura lucrum facere* [2].

Questa massima ebbe nella legislazione giustinianea una funzione direttiva [3], e quindi le norme del diritto antico in materia di compenso di spese rimasero profondamente sconvolte in tutti i *iudicia* [4], e di conseguenza in tutti gl'istituti giuridici.

---

[1] È tuttavia degno di nota che anche l'epitome gaiana, nel passo di sopra riportato ed altrove, non distingue più possessori di *bona* e *mala* fede.

[2] D. 5, 3, 38. La correzione fatta da Triboniano alla decisione di Paolo è stata da me più volte avvertita; cfr. anche Fabro, *Rational.* vol. 2 p. 293; il Pernice (Labeo II, 1 p. 389 e seg.) tuttavia ritenne il passo genuino ma non potè superarne le difficoltà.

[3] Con la stessa formulazione si legge in D. 20-5, 12, 1 in un lungo periodo interpolato; cfr. Riccobono, *Bullettino I. D. R.* vol. VIII p. 188 n. 5, ed ora il Segré negli *Studi di diritto offerti a V. Scialoja* vol. I p. 279 n. 1.

[4] Non è questo il luogo di richiami prolissi, tuttavia mi sia permessa una breve digressione con l'esame di un punto di diritto molto discusso e ripetutamente frainteso, relativo all'*actio negot. gest. contraria.* Si chiede se colui che gerisce affari altrui *depraedandi causa* possa ottenere compenso per le spese fatte. Giuliano rispondeva nel fr. 5 § 5 D. 5-3 sicuramente che no, in base ai principii più fermi del d. classico, ed in particolare poi per la natura del *iudicium bonae fidei*. La motivazione giulianea fu conservata nel testo con tutta la sua forza esclusiva: *quia improbe ad negotia mea accessit;* essa ha nel testo l'efficacia d'un domma, formulato, in altra occasione, da Ulpiano (D. 47, 2, 12, 1) con le note parole: *nemo de improbitate sua consequitur actionem.* Ma i compilatori moderarono quella decisione inserendo nel passo una proposizione notevole. Riporto per maggior chiarezza il testo dai Digesti ed accanto la facile ricostruzione del testo genuino, perchè il lettore giudichi a vista.

Dig. 5, 3, 5, 5.	Julianus.
Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione sed sui lucri causa Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse qui enim depraedandi causa accedit suo lucro non meo commodo studet. Sed nihilominus immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit *non* in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit *sed in quod ego locupletior factus sum* habet contra me actionem.	. . . . Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit *non* habet contra me actionem.

Come si vede la restituzione del testo giulianeo riesce a meraviglia; e la strut-

I testi classici furono per questo rispetto modificati con sufficiente coerenza; il rilievo che era fatto dai giuristi, costantemente, riguardo alla condizione particolare del possessore di mala fede fu soppresso o con aggiunte modificato. Pertanto nella compilazione e nelle opere dalla stessa derivate non restano che sporadiche tracce di quel contrapposto, e queste poi si rinvengono più facilmente nei libri che per il sistema seguìto nella loro formazione meglio aderiscono agli esemplari antichi [1], ovvero in brani qua e là sfuggiti alla avvedutezza dei commissari [2].

Per contrario, le applicazioni del nuovo principio formano nei libri giustinianei un materiale soverchiante che non può essere costretto nelle angustie di una nota. Ma nemmeno occorre in proposito documentazione alcuna, dacchè il più grande esegeta delle nostre fonti potè affermare senza titubanza e vittoriosamente che riguardo al compenso delle spese utili e necessarie il diritto romano (intendi giustinianeo) stabilì una perfetta eguaglianza tra il possessore di buona fede e di mala fede [3]; ed il Pernice [4] nella sua più recente trattazione dell'argomento, nella quale mirava principalmente a mettere in luce le dottrine dei giureconsulti, non ottenne risultati sicuri nè soddisfacenti; difatti, le sovrapposizioni giustinianee, sfuggite al suo occhio vigile ed acuto, gli velarono la visione intera e precisa delle norme

---

tura stessa del passo ne offre il miglior argomento. dacchè il *tamen* riacquistò la forza avversativa che aveva e che rimase sminuita nel periodo giustinianeo.

Dopo tutto possiamo constatare che il principio giustinianeo, di cui s'è discorso. trovò anche qui una applicazione cospicua. I dubbi, le discussioni e proposte di Cuiacio (Opera vol. 4 p. 273) Noodt (Probab. 3, 9) Pacchioni (Gestione p. 439 e seg.) ed altri su quel passo sono pregevoli soltanto per questo, che mettono in chiaro le insormontabili difficoltà di quella decisione nell' ordine degli insegnamenti classici. Infatti s'è voluto superare l'ostacolo dicendo che Giuliano limitava l'azione all'arricchimento, per via di *exceptio*, *retentio*, *pensatio*, *condictio* ed escludeva quindi l' *actio neg. gest. contraria*. Ma tutto ciò che importa? Qualsiasi compenso dato al gestore di mala fede urta lo spirito del diritto classico; e per il d. giustinianeo è ozioso discutere di formule come Giustiniano stesso si esprime nella L. 47 § 1 D. h. t: *haec suptilitas supervacua est;* è reale, invece, e notevole che a simile gestore è dato un compenso per via di azione.

[1] Cioè nelle *Inst.* II, 1, 30-34.

[2] D. 41, 1, 7, 12; eod. 9 pr. § 1 (Gai res cott. cioè nel contesto di lunghi frammenti; indirettamente poi in D. 9, 2, 27, 5 (Ulp. ad ed.) D. 44, 4, 14 (Paul. resp.) ed infine in due Const. di Dioclez. e Mass. C. 3, 32, 16; 8, 10, 5.

[3] Cuiacio, *Observ. X* cap. I e *passim*; cfr. anche il recente scritto dello Schey, *Festschrift für Dr. I. Unger* 1898 p. 415 e seg.

[4] Labeo II, 1[2] p. 380, 390.

classiche; egli pertanto finì col dire che le fonti offrono in proposito insegnamenti vacillanti e manchevoli [1].

È invece intuitivo che a raggiungere onorevolmente la méta bisognava prender le mosse dalle testimonianze contenute nelle opere di diritto pregiustinianee, le quali se offrono a questo riguardo pochi accenni questi sono in compenso concordanti e incontrastati [2].

Ma ai fini del presente lavoro gioverà meglio l'esame di altro testo riportato da Armenopulo, dal quale potremo trarre nuovi argomenti a conferma delle idee svolte e delle asserzioni finora fatte.

II.

SUMPTUS IN REM ALIENAM EROGATI.

I. Harm. II, 1, 35: « *Ὁ κακῇ πίστει ξένον οἶκον κρατῶν καὶ νεμηθεὶς ἀποδίδωσι τῷ κυρίῳ τούτου αὐτόν μετὰ πάντων, ὡς εἰς βελτίωσιν τοῦ οἴκου ποιήσῃ, τὰς δὲ ἐπ' αὐτῷ ἐξόδους οὐ λαμβάνει* ».

La fonte da cui Armenopulo trasse questo squarcio è ignota anche qui [3]. Esso contiene intanto l'indice di una costituzione di Gordiano (a. 239) che nel Cod. è così riportata:

c. 5 [III. 32.]: « Domum, quam ex matris successione ad te pertinere et ab adversa parte iniuria occupatam, esse ostenderis, praeses provinciae cum pensionibus quas percepit aut percipere poterat et omni causa damni dati restitui iubebit. 1. Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, [*nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre*] ».

L'ultimo periodo che si legge ora nella costituzione del Codice non faceva parte del rescritto, ma fu aggiunto dai compilatori. Il riscontro preciso con altre interpolazioni osservate nei Digesti e nel Codice mette la cosa fuori dubbio [4]; quindi il sunto riferito da Armenopulo fu tratto dal rescritto genuino di Gordiano. Altre spiegazioni

[1] Pernice, l. c. p. 380 e 380.

[2] Gai II, 77, 78 (e le fonti che fan capo a Gaio citate a p. 156 n. 3) Cod. Greg. c. 1, 2 de rei vind. 3, 6 e l'*interpetr.*, Edictum Theod. § 137.

[3] Heimbach rivendica anche questo testo alla Synopsis: 15, 1, 61: erroneamente come si vedrà più oltre.

[4] Cfr. Riccobono, *Bull. I. D. R.* vol. IX p. 244 e seg.

non sono possibili, per quanto ad esse si faccia volentieri ricorso pur dai migliori critici delle fonti. Ma come non si può, in questo caso, sospettare che Armenopulo avesse arbitrariamente soppresso la chiusa del testo, così nemmeno si può dire che nella pratica posteriore a Giustiniano siano avvenute modificazioni in questo punto di diritto; infatti in tutte le fonti bizantine il compenso è accordato pur al possessore di mala fede e lo *ius tollendi* vi è largamente riconosciuto.

Ma per questo riguardo abbiamo un argomento diretto che ci è fornito dallo stesso Armenopulo, il quale nel titolo medesimo riporta, questa volta dalla *Synopsis* [1], il testo interpolato.

II. 1, 6. « *Ὁ τὸν ἀλλότριον οἶκον κακῇ* (*καλῇ* Harm.) *πίστει νεμηθεὶς ἀποδίδωσι μὲν αὐτὸν μετὰ τῶν στεγονομίων καὶ παντὸς ἑτέρου· τὰ δὲ δαπανήματα οὐ λαμβάνει,* [*εἰ μὴ ἄρά ἀναγκαῖά εἰσι· τὰ δὲ ἐπωφελῆ δύναται μὴ βλάπτων τὴν ἀρχαίαν ὄψιν ἀφελέσθαι*].

I due sunti greci della costituzione di Gordiano differiscono fra loro per la forma ed alcune varianti di rilievo. Soltanto il § 6, che riproduce l' interpolazione, coincide col testo dei Basilici [2] e quindi della Sinopsi; il § 36 invece viene da altra corrente e la sua origine è sicuramente pregiustinianea. Che quest'ultima epitome sia stata fatta sulla prima edizione del Codice di Giustiniano non si può provare, si hanno invece buoni argomenti per escluderlo.

Come è noto lo Zachariä mise in campo quella congettura per spiegare, ove occorrono, le discordanze tra il testo del Codice a noi pervenuto e le traduzioni greche; egli cioè affermò, ripetutamente [3], che in simili casi la versione di Taleleo ed il comentario alle costituzioni dello stesso portassero vestigia della prima codificazione del 529. È facile osservare in contrario che se lo stesso fenomeno si ripete in altri comentarî greci, in brani rispondenti ai varî libri di Giustiniano, quella ipotesi riesce insufficiente, ed anche per questo verso deffinitivamente condannata [4].

La spiegazione più naturale, che è anche come di solito la più semplice, emerge dall' insieme delle prove raccolte in queste pagine; nel manuale di Armenopulo cioè fu accolto il sunto del testo giusti-

---

[1] Cfr. ediz. dello Zachariä: Δ 5 p. 168.

[2] Zachariä, *Suppl.* p. 36: B. 15, 1, 85.

[3] Zachariä, *Kritische Viertelyahreschrift* vol. 16 p. 221 e seg.; *Zeitschrift f. R. G.* vol. X p. 62; *Zeitschrift SS.* vol. VIII p. 10, 36, 39, 41, 46, 55, 61.

[4] Vedi contro già P. Krüger, *praefat.* p. XIV-XVIII, e nella sostanza anche in *Geschichte der Quellen* p. 364 n. 32.

nianeo [1], ma insieme vi passò l'epitome pregiustinianea ricavata dalla costituzione genuina. Di passi riportati in varie redazioni si hanno varî esempî nel manuale di Armenopulo, come in tutte le opere compilatorie dell'antichità.

Il nostro § 36 pertanto fornisce ancora un elemento autorevole per la dottrina del diritto classico in materia di compenso di spese e miglioramenti. Il contrasto con il diritto giustinianeo, secondo le idee svolte nell' articolo precedente, non potrebbe essere meglio documentato.

III.

INAEDIFICATIO, PLANTATIO, SATIO.

I. Anche in altre collezioni greche rimasero traccie dei nuovi ordinamenti che ho messi in rilievo.

Nel *νόμος γεωργικός* e precisamente nei paragrafi aggiunti al nucleo primitivo che appaiono nelle redazioni più recenti si legge il brano che segue: [2]

Ὁ ἐν ἀλλοτρίῳ ἐδάφει κτίζων ἢ σπείρων ἢ φυτεύων ἢ ἄλλο τι ἐργαζόμενος ἐκπιπτέτω τῆς δεσποτείας μηδὲ τὰ δαπανήματα λαμβάνων.

Il Ferrini ritenne che tutti i paragrafi di più recente formazione, che sono riportati dal ms. ambrosiano Q 50, fossero ricavati dalla compilazione giustinianea, e nota come fonte del brano sopra trascritto la c. 11 Cod. 3,32 di Diocleziano e Massimiano [3]. Ma i punti di contatto tra quel preteso esemplare ed il sunto greco sono molto scarsi. La costituzione si riferisce solo alle seminagioni e piantagioni; laddove il nostro § ha tutto il contenuto preciso di Gaio II. 73-75, redatto in forma più stringata della stessa epitome latina (II. 4). Anche questo sunto greco ha quindi origine pregiustinianea e fu probabilmente ricavato da Gaio. Certamente esso non è scevro di inesattezze; infatti non vi si fa cenno della mala fede di colui che opera sul terreno d'altri, ed io ho già notata [4] l'identica lacuna nell'epitome la-

---

[1] Ma a chi bene osservi anche nel § 6 sopratrascritto, conforme in tutto al testo dei Basilici, le parole *εἰ μὴ ἄρα.... ἀφελέσθαι* hanno l'impronta d'una interpolazione inserita nel sunto greco più antico.

[2] Cod. Ambrosiano Q. 50 § 87. Ferrini, *Byzantinische Zeitschrift* vol. VII p. 559 e seg. Heimbach X, 2.

[3] Ferrini l. c.

[4] Cfr. p. 158 n. 1.

tina (II. 6). Tuttavia gli elementi classici sono in quello squarcio preponderanti, e noi possiamo prenderlo in esame con qualche profitto.

II. Per il diritto classico è cosa certa che il proprietario del fondo su cui il terzo ha edificato, seminato o eseguite piantagioni non è tenuto, solo per questo, a rifare a chicchessia il valore dei miglioramenti. Come dimostrai altra volta [1] un compenso è dovuto, per via d'azione, qualora fra le parti — cioè, il proprietario del fondo ed il terzo che ha fatte le opere — esista un rapporto obbligatorio che può aver fondamento in un contratto o delitto.

Ma inoltre il compenso può aver luogo, per via di ritenzione, in virtù della *exceptio doli* nei *iudicia stricti iuris*, o per l'*officium iudicis* in quelli *bonae fidei*; in tutti questi casi però si richiedono speciali condizioni, rilevante fra tutte la *bona fides* dell'agente [2].

Il compenso adunque ha in ogni evenienza fondamento in un presupposto giuridico: l' obbligazione o la *bona fides*; esso non può aver luogo se manca l'una o l'altra di quelle condizioni. A quale altro principio si dovrebbe riportare l' obbligo del proprietario a rifare le spese al terzo? L'edificio costruito, la pianta trasportata sul fondo altrui, appartengono al proprietario del fondo per accessione; sono *pars fundi*. Formalmente il proprietario ha quel che è suo e nulla più [3]. Il fondo ha avuto bensì un incremento, ma questo è perfettamente analogo ai casi di alluvione. Anche nell'*avulsio* c'è un danno visibile da una parte un aumento dall' altra, e tuttavia l' acquisto e la perdita avvengono per norme di diritto e sono irrimediabili, fatali, come li descrive uno scrittore latino della più tarda età nella sua forma imaginosa e gonfia: et flexuose serpens fluvius largitur in conpendio alterius quod furatur ab altero simulque fit lucrum finitimi aliena calamitas [4].

Di regola avviene lo stesso negli altri casi di accessione. Chi ha operato sul suolo altrui non può rovinare l'edificio che vi avesse edificato, non può svellere le piante nè falciare o distruggere i germogli delle sementi che vi avesse sparse. Per le piante e le sementi il prin-

---

[1] Distinzione delle impensae, in *Archivio Giuridico* vol. 58 p. 30 dell'estr.

[2] Gai II. 76.

[3] In quest'ordine di idee è anche il Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* p. 145 e seg.; ma egli smarrisce la diritta via ben tosto rivolgendo l'attenzione a testi giustinianei.

[4] Ennodio, *Vita Epiphani* p. 336 ediz. Hart. Lo stesso concetto esprime Pomponio (D. 41, 1, 30, 3) nella frase: flumina enim censitorum vice funguntur.

cipio è ancora attestato nel diritto giustinianeo [1] per l'edificio fu soltanto Giustiniano che introdusse lo *ius tollendi* [2].

Così si arriva pianamente alla conclusione che per il diritto classico colui che investe sul suolo altrui un capitale per via di costruzioni piantagioni o seminagioni non ha perciò stesso diritto ad un compenso; egli perde il dominio dei materiali impiegati: **ἐκπιπτέτω τῆς δεσποτείας μηδὲ τὰ δαπανήματα λαμβάνων**; e questa affermazione è vera; infatti il diritto al compenso è eventuale, presuppone altri elementi giuridici.

III. La cosa muta aspetto se guardiamo il nuovo diritto codificato da Giustiniano. A proposito di accessioni a cose mobili i Digesti contengono una testimonianza esplicita:

fr. 23 § 5 (VI-I): *ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.*

Il testo ha una portata generale; il proprietario che ha sofferto la perdita della cosa deve poter ricuperare, nei casi più sfavorevoli, il prezzo della stessa con un' *actio in factum*. Questa perciò ha una funzione equivalente all'*actio in rem;* si esperisce contro qualsiasi possessore della cosa che ha tratto vantaggio della proprietà estinta.

In questo senso però il rimedio è nuovo, ed esorbita, come appare a prima vista, i limiti del compenso tenuti fermi dal diritto classico. Che la innovazione sia stata introdotta da Giustiniano è pure fuori dubbio [3]. Importa piuttosto notare che anche qui troviamo l'applicazione del noto principio, messo abbastanza in rilievo in queste pagine, che ovunque si riscontri un lucro con danno d' altri il perdente ha diritto ad un indennizzo mediante azione [4].

---

[1] Fr. 53 (VI-I) Pomponio; 25 § 1 (XXII-I) Giuliano; 9 § 2 (XXXIX-II) Alfeno-Ulpiano; 9 § 2 (41-1) Paolo; c. 11 C. 3, 32; notevolissimo fra tutti poi per quanto attiene al compenso il fr. 16 § 1 D. XIX-V di Pomponio: « Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem; sevi nec pateris me fructus tollere, nullam iuris civiiis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat deliberari posse; sed erit de dolo ». Aristone non vede alcuna azione civile possibile per il caso esposto. Si ricorre appunto all' *actio doli* che è eminentemente sussidiaria; così Ulpiano in D. IV, 3, 34: « nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit ».

[2] Cfr. Riccobono, in *Bullettino I. D. R.* vol. 8 p. 243, vol. 9 p. 242 e seg.

[3] Cfr. Lenel, Pal. 1 p. 1005; Gradenwitz. *Interpol.* p. 64 n. 1, p. 94, che ha messo in chiaro la interpolazione formale, ma inclina a ritenere classico il contenuto; per Erman, poi, (*ZSS*, vol. 13 p. 212 e 217) la sostanza è *certamente* (!) del giureconsulto Paolo, confr. pure vol. 19 p. 306 della stessa Rivista; e Mancaleoni, *Reivindic.* p. 43.

[4] Anche il fr. 9 § 2 D. 41-1 di Gaio subì dei rimaneggiamenti notevoli che si spiegano agevolmente con le idee espresse nel testo; cfr. per la critica di questo passo, Perozzi, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, 23 p. 501 e seg.; Mancaleoni, o. c. p. 44 e seg.; Mayr, *ZSS*. 26, p. 100 e seg.

Lo stesso ideale di giustizia si volle pur raggiungere nei casi di accessioni ad immobili. Le applicazioni sono qui particolari, ma nello stesso tempo così gravi che devono a buon diritto riguardarsi come espressione di tutto un nuovo ordinamento della materia.

Chi avesse perduto la proprietà del fondo per l'occupazione permanente delle acque del fiume ha diritto a ricuperarla nel caso che il fiume posteriormente riprenda altro corso [1]. Questa regola fu posta da Giustiniano, che escluse quindi, nel caso speciale, l' accrescimento dell'alveo derelitto al proprietarî rivieraschi, garentito da una costante e antica dottrina [2].

Per le costruzioni imposte sul suolo altrui si arrivò nei casi estremi fino a permetterne all' edificatore la demolizione per riprendere i materiali (*ius tollendi*).

Per le piante il nuovo principio fu inserito in un testo di Ulpiano molto discusso sin dalla Glossa (ad. h. l.) e riuscito pur sempre incoercibile [3].

Ulpiano attinse la decisione all'opera *dig.* di Alfeno e la riferisce in due redazioni affini, nel l. 16 *ad edictum* e nel l. 53. Giova pertanto riportarle entrambe, paro a paro, e nella terza colonna tentare la restituzione nella sua probabile forma genuina del testo interpolato.

D. 39, 2, 9, 2.	D. 6, 1, 5. 3.	Ulpian.
ita demum autem crustam vindicari posse itiem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata iu agrum meum cum terra mea coaluit.	. . . . De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva *utilem in rem actionem dabant*: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.	. . . . De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva in rem *agi non posse aiunt*: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.

---

[1] Cfr. D. 41, 1, 7, 5 e 30 § 3 (Riccobono, negli *Studi offerti a F. Schupfer* vol. I p. 224 e seg.).

[2] Nel Codice Napoleonico, all'art. 563. la decisione particolare posta da Giustiniano ebbe una formulazione generale; si concesse l'alveo relitto ai proprietarii del suolo di nuovo occupato dal fiume a titolo di indenuità, in proporzione quindi del danno sofferto.

[3] Cfr. Jhering, nei *Jahrbücher* f. *Dogm.* 1 p. 141; Brezzo, *Reiv. utilis* p. 168; H. Krüger, *ZSS.* vol. XII p. 165; Ch. Appleton, *Propriété pret.* p. 73 e seg.; Mancaleoni, *Reiv. utilis* p. 46; Buonamici, *Arch. Giur.* vol. 43 p. 219; Erman, *ZSS.* vol. XIII p. 202, n. 2; Czyhlarz, *Festschrift f. Dr. Unger* p. 12, 26; Biermann, *Krit. Vierteljahr.* 3 Folge, vol. 7, p. 18; Rob. v. Mayr, *vindicatio utilis*, *ZSS.* vol. 26 p. 83 e seg.; p. 116 e seg.

I due riferimenti di Ulpiano erano nella sostanza coincidenti. Nell'uno e nell'altro si indagava soltanto l'ammissibilità o meno della *vindicatio* della pianta trasportata nell'altrui fondo. Anche nel fr. 5 si dice, come già nell' introduzione del fr. 9 § 2, per la *crusta*, che se l'albero non *coaluit, mea esse non desinet;* or nel periodo che precede si doveva necessariamente negare la *vindicatio* perchè vi si fa l'ipotesi che l'albero *coaluit et radices immisit;* la stessa ipotesi contemplata nella chiusa del fr. 9 § 2. Il *nam* aveva dunque nel fr. 5 § 3 forza avversativa; stabiliva un'antitesi in base ai diversi presupposti di fatto, e l' antitesi, per effetto della modificazione introdotta dai compilatori rimase, nell'odierna struttura del passo, rovinata [1].

Ad accertare poi l'interpolazione delle parole che ho escluse nella restituzione del testo giova notare la frase Varus et Nerva *actionem dabant*, attorno alla quale lo Czyhlarz [2] ed altri scrittori si affaticarono davvero inutilmente. È evidente però che quella espressione si addice all'editto, cioè all'attività del pretore che può *dare* o *denegare actionem* [3], mai ai giuristi, i quali, se esercitavano con i loro responsi notevole influenza sullo sviluppo del diritto, non ebbero potere di creare o dare nuove azioni [4]. I compilatori del resto si manifestano altre volte per questo segno; così in D. 4, 6, 18 : *Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus cet* [5]; in D. 16, 1, 8, 2 : *exceptionem ei Senatus consulti Marcellus non daret cet* [6]; in D. 39, 6, 29 : *adhuc quis dabit in rem donatori* [7]; in D. 23 , 3 , 33 : Recte

---

[1] Anche il Mancaleoni ha ben rilevato questo vizio nel testo giustinianeo, ma egli riduce poi la sua critica in termini angusti supponendo aggiunte soltanto le parole *in rem* : (Reivindicatio utilis p. 49) che nella ricostruzione del testo io ho mantenute. Mayr, l. c. p. 89 n. 11 sospetta soltanto un'alterazione del testo senza precisarla.

[2] L. c. p. 25.

[3] V. F. 89 praetor..... actionem dabit. Cfr. Krüger, *ZSS.* vol. XVI p. 2 e seg.

[4] Cfr. Lenel, *Die except.* p. 62; Bekker, *Aktionen* II p. 148; Erman, *ZSS.* 13 p. 203; Pernice, *ZSS.* vol. XX p. 146. In molti casi la opinione del giurista ha il valore d'un suggerimento al magistrato; cfr. *Collatio* 12 , 7, 7 : et hic puto... dandam actionem; *eod* 8 : et ideo aequius putat in factum actionem dandam.

[5] Cfr. Lenel Pal. I p. 987 n. 1.

[6] Cfr. Mitteis, *Grünhut's Zeitschrift* vol. XVII p. 25, 36.

[7] La sola introduzione sembra nel testo genuina; il resto , dalle parole *et si quidem* in poi, è fattura di Triboniano; ed il fr. fu messo in rilievo per il contenuto dal Mancaleoni, o. c. p. 22 e seg. e dal Ferrini , *Pand.* p. 853 , n. 2 ; per altre indicazioni cfr. Mayr, l. c. p. 94 e seg.

itaque Sabinus *disposuit ut diceret* [1]; in D. 4, 2, 14, 10 : *sic hoc disponendum est... poenae autem usque ad duplum stetur* [2].

IV. Tornando ora alla sostanza delle cose possiamo affermare che nei diritto giustinianeo è palese la tendenza a dare in tutti i casi di perdita della proprietà per accessione un compenso per via di *actio*. Che la *utilis in rem actio* del fr. 5 § 3 abbia questa funzione non si può mettere in dubbio [3]; ed è vana poi qualsiasi discussione sulla natura della formula in proposito, perchè il rimedio era ignoto nel periodo classico [4].

Ma perciò stesso, di fronte alla tendenza generale del diritto giustinianeo, la formulazione che si legge nel *νόμος γεωργικός*, da cui prendemmo le mosse, acquista un valore spiccato. Essa non poteva germogliare dai libri di Giustiniano, perchè riproduce nei suoi elementi più salienti la dottrina classica. Il nostro § deve nella sua prima origine riportarsi ad una epitome greca forse delle Istituzioni gaiane; e già il Ferrini aveva osservato, che i passi aggiunti alla collezione di leggi rustiche non furono presi dai Basilici [5] ma da comentarî antichi e varii, in prevalenza del tempo di Giustiniano.

IV.

IMPENSAE IN RES DOTALES FACTAE.

Son note le prescrizioni emanate da Giustiniano sulla dote con la *c. unica de rei uxoriae actione cet* V. 13. In virtù di questa legge dell' anno 530 l' *actio rei uxoriae* subì una trasformazione completa. Per il compenso delle spese fatte dal marito sulla dote la costituzione contiene in massima nuovi precetti. Infatti, solo per le spese necessarie fu confermato il diritto antico : *dotem minuunt*; del resto si volle radicalmente abolito tutto il sistema delle *retentiones* anche a proposito

---

[1] Cfr. Riccobono, *Bull. I. D. R.* vol. VII. e Pampaloni, *Archiv. Giurid.* vol. 56 p. 12. — In questa categoria vanno pure annoverati i seguenti testi: D. 6, 1, 38 — D. 39, 3, 2 — D. 49, 1, 15 — D. 3, 3, 33 pr. *actionem autem intendere vetamus.*

[2] Cfr. Eisele in *ZSS.* vol. 13, p. 135.

[3] Cfr. Jhering, l. c. p. 141; Sokolowski, o. c. p. 160; Windscheid, *Pand.* § 174 n. 9. Ma è giusto del resto notare che la natura dell' azione, qui come in altri casi, non è ben determinata; cfr. Mayr, l. c. p. 123 e seg.

[4] Cfr. ora Lenel, *L' édit. perp.* vol. I p. 211, in contrapposto alla opinione espressa nell'edizione tedesca p. 146, dove riferiva anche il nostro testo ad una *formula ficticia.*

[5] Ferrini, l. c, p. 559.

delle *impensae*. L' imperatore mostra per quel blando rimedio un' avversione acre e lo proscrive con frasi robuste, alla maniera bizantina; *taceat in ea retentionum verbositas*.

L'ideale di Giustiniano era ben diverso; egli fermò il principio che sciolto il matrimonio ognuna delle parti dovesse avere il suo; rendendo così omaggio, in un tempo ben lontano, alla massima: *les affaires sont les affaires*.

Di conseguenza per le spese utili, fatte sulla dote, garentì al marito un'azione, senza alcun riguardo, per la sostanza, al consentimento della donna. Il marito ha ora, in ogni caso, o l'*actio mandati* o l'*actio negot. gest.* Quest'ultima azione riceveva così un'applicazione smodata, ma consentanea al tipo raffazzonato da Giustiniano.

Per le spese voluttuarie fu accordato per la prima volta un nuovo rimedio, lo *ius tollendi*.

Tutte queste riforme, com' era naturale, furono tradotte nei Digesti [1]; e cioè per le spese utili nei fr. 7 (25-1) e 7 § 16 (24-3), nei quali fu sostituita la parola *actionem* al posto di *retentionem;* per le voluttuarie nel fr. 9 h. t. che è nella sua interezza fattura dei compilatori.

In contrapposto, i principii applicati dai giureconsulti romani, nella trattazione di questo soggetto, sono ancora visibili. La donna è obbligata a rifare al marito le spese utili se fatte col suo consentimento [2]; non aveva mai obbligo a compensare le spese voluttuarie, anche se fatte col suo consenso [3]. I giuristi nelle loro trattazioni rilevavano appunto l' antitesi fra le due categorie di spese sulla base della *voluntas mulieris*. E l' antitesi si coglie ancora ravvicinando i fr. 7, 8, 11 D. h. t. [4]; ma noi la ritroviamo poi viva ed in tutta la sua purezza nel l. IV t. X di Armenopulo.

Questo compilatore ci rappresenta in due §§ consecutivi tutta la dottrina classica, col contrapposto dell' elemento della volontà nelle due specie diverse; efficace per le utili e non per le voluttuarie; per queste quindi vi si esclude ogni compenso e vi si ignora lo *ius tollendi*.

Harm. IV, X:

§ 55. *Κἂν γνώμῃ τῆς γυναικὸς γεγόνασι τὰ πρὸς τέρψιν δαπανήματα, οὐκ ἀπαιτοῦνται* [5].

---

[1] La dimostrazione di quanto segue nel testo fu da me data nello studio sui Schol. Sin. in *Bull. I.D.R.* vol. IX p. 238 e seg.

[2] D. 25, 1, 8; 50, 16, 79, 1.

[3] D. 11 h. t.

[4] La ricostruzione di questi passi fu da me fatta nel lavoro disopra citato p. 246.

[5] Coincide col testo dei B. 28, 10, 11 e Sinopsis *κ*, 39, 66.

§ 56. *Τότε ὑπεξαιροῦνται τὰ ἐπωφελῆ, ὅτε κατὰ γνώμην γένωνται τῆς γυναικός. ἄδικον γάρ ἐστι μὴ ἔχουσαν ἑτέρωθεν δοῦναι καταναγκασθῆναι πωλῆσαι τὸ πρᾶγμα, περὶ ὃ γέγονεν ἡ δαπάνη* [1].

Certamente, questi paragrafi corrispondono a due fr.[1] del titolo *de impensis cet* XXV-1 dei Digesti; il primo al fr. 11 di Ulpiano, al fr. 8 di Paolo il secondo; combaciano inoltre, come ho rilevato in nota, con il testo riportato dai Basilici e dalla Sinopsi. Ma ciò che può significare? Semplicemente questo: che l'ordinamento dei sunti greci nel secolo VI era fatto secondo l'ordine dei Digesti e che dalle raccolte pregiustinianee si ricavavano i passi che dopo la compilazione di Giustiniano potevano ancora interessare [2].

Armenopulo dovette adoperare in quel punto una collezione del secolo sesto da cui trassero pure i compilatori dei Basilici [3].

Vero è che il fr. 9 (25-1), che riguarda lo *ius tollendi*, fu aggiunto posteriormente in margine al § 55 del manuale [4], e che, secondo nota Heimbach [5], tali integrazioni furono per lo più eseguite dallo stesso Armenopulo; ma appunto in ciò, se non erro, si ha la prova più evidente che il nostro compilatore nella prima formazione dell'opera ebbe fra le mani un comentario che presentava in quel punto l'indice dei soli frammenti genuini di Paolo e Ulpiano.

Altre spiegazioni non sarebbero attendibili; avrebbero piuttosto il valore di ripieghi vani, quando noi sappiamo che non si tratta qui di un caso singolare, ma di un fenomeno che si ripete le tante volte ed in tutte le fonti greche.

Infatti si può dimostrare che molte interpolazioni giustinianee furono trasportate sui sunti greci preesistenti. Questa indagine non è certo agevole, ma l'occhio esercitato può ancora scovrire, in alcuni casi, che l'aggiunta ha tutti i caratteri di una nota marginale, perchè si attacca male al periodo che precede o addirittura vi si pone duramente in contrasto; in altri casi il passo greco presenta sproporzioni ingiustificate, una parte rende l'epitome, l'altra una versione letterale del passo latino; se noi sappiamo, per altro ordine di conoscenze, che il sunto è tratto dal testo genuino e la versione letterale invece si riporta alla interpolazione, o al contrario, la spiegazione che il testo

---

[1] = B 28, 10, 8; Sinopsis π, 39, 64.

[2] Così anche Alibrandi, *Opere* p. 52.

[3] Si sa che Armenopulo tendeva a rendere quanto più copioso il suo manuale compulsando una grande varietà di fonti *καὶ τῶν προχείρων τὰ κάλλιστα*, come egli stesso c'informa nella *προθεωρια*.

[4] Heimbach p. 558 nota ee.

[5] *Praefatio* p. XVII.

risulta di due strati formati in tempi diversi è la più semplice e legittima [1].

Viceversa, altre volte si constata che la traduzione o il sunto che dànno i Basilici, nel testo ufficiale o nell' apparato degli scolii, non portano le interpolazioni inserite da Triboniano; in questi casi abbiamo la prova diretta che l'esemplare da cui la versione o il sunto del testo fu ricavato era l'originale non quello giustinianeo [2].

Nella stessa maniera i paragrafi 55 e 56, sopra riportati, di Armenopulo ci conservano una testimonianza preziosa della dottrina classica in materia di spese dotali. Ma quei paragrafi inoltre danno una bella conferma dei risultati cui pervenni altra volta, con l'esame di tutte le fonti relative a quel punto di diritto, gli scolii Sinaitici compresi.

Ma qui giova riassumere il risultato di queste brevi note e constatare ancora una volta che i fatti hanno per la storia più forza che la volontà degli uomini; si tratti pure di volontà imperiale tradotta in legge e con severe sanzioni.

La memoria di norme del diritto classico è conservata qua e là in varî punti nei libri greci, accanto alle forme novelle degli istituti;

---

[1] Alcuni esempi tipici furono da me posti in rilievo e dimostrati: B. 28, 10 cap. 11. Sch. dello Anonimo (Heimbach III p. 298) corrispondente ai fr. 9, 11 pr. D. 25, 1; — cfr. Riccobono, *Bullettino I. D. R.* IX p. 257 e seg. p. 282 e seg. — B. 16, 8, 12, 52 = D. 7, 8, 12, 2 (Riccobono, sull' *usus*; negli scritti offerti a V. Scialoja, estr. p. 19 e seg.). — B. 28, 1 cap. 13 = D. 23, 1, 15 (Riccobono, *Prospectus montium*, negli scritti offerti a C. Fadda p. 18 n. 1 dell'estr.) — Sch. Sinait. 20, ove la nota marginale, corrispondente al fr. 9 D. 25, 1 fu incorporata alla versione greca dal fr. 11 pr. *eod* (cfr. Riccobono, *Bullettino cit.* vol. IX) laddove in tutte le altre fonti greche il sunto greco del fr. 9 è riprodotto in capi separati o nelle paragrafe.

[2] Gli esempi per quanto riguarda il Codice sono copiosi e riportati dallo Zachariä in varii luoghi (cfr. gli scritti citati a p. 161 n. 3); per i sunti corrispondenti ai passi dei Digesti si ha minor numero di esperienze, ma ciò solo per il fatto che finora si è rivolta nessuna attenzione a questo ordine di confronti. Posso qui notare: B. 12, 1, 50 corrispondente a D. 17, 2, 52 § 2; l'interpolazione è invece nota agli scolii; v. Heimbach vol. I p. 751, e la giusta spiegazione data dal Brassloff in *Wiener Studien* vol. 24 p. 567. — B. 25, 2, 16 corrispondente a D. 20, 1, 16 § 4; cfr. Lenel P. 1 p. 649 n. 1; Eisele, *ZSS.* vol. 18 p. 4; Göppert, *Organ. Erzeugn.* p. 395. — B. 16, 8, 2, sch. 1 corrispondente a D. 7, 8, 12, 1 od altro testo classico a noi non pervenuto (cfr. Riccobono, sull' *usus* l. c. p. 13 e seg.), infatti lo sch. non coincide nemmeno col testo di Theoph. II, 5, 1 = I. *eod* tratti evidentemente da Gaio r. cott.; cfr. D. 7, 8, 11.

e ciò perchè la tradizione scientifica non fu, come si crede, spezzata d'un colpo dall'opera legislativa di Giustiniano.

Nel momento storico che qui osserviamo, come in tutti i tempi, nell'Oriente come in Occidente, l'opera degli interpreti procede lenta e faticosa sulla base larga degli elementi preesistenti; i manuali di scuola hanno carattere essenzialmente tralaticio, e corretti e ammodernati passano, sempre giovani, di generazione in generazione.

Le paragrafe, le versioni e gl'indici ordinati dai coevi di Giustiniano riproducono in buona copia il lavoro compiutosi in Oriente sui libri dei giuristi romani, nel periodo aureo della scuola di diritto. Era poi naturale che attraverso quelle prime elaborazioni del sesto secolo molti vestigi dell' antica letteratura passassero nelle raccolte posteriori, private e ufficiali; poichè, perdutasi, come è noto, già al tempo di Giustiniano la conoscenza della lingua latina, i lavori giuridici fatti sulla codificazione giustinianea nel VI secolo rimasero l'unica sorgente cui attinsero i compilatori bizantini.

Accertato questo processo storico, l'affermazione altra volta fatta mi sembra anche ora legittima; e quindi noi possiamo con buou fondamento trarre vantaggio, in singoii punti, da tutte le fonti greche sia per le dottrine del diritto classico [1] sia per la struttura e la forma dei passi negli scritti dei romani giureconsulti.

---

[1] Il nostro Alibrandi, nello scritto « Dell'utilità che recano alla storia ed alle antichità del d. r. gli scritti dei greci interpreti » ristampato nelle *Opere* p. 49 e seg. mette in rilievo appunto sotto questo aspetto il materiale noto dai Basilici.

Palermo.

SALVATORE RICCOBONO.

Exch C.h.
11/22/27